

# A atuação do juiz singular no controle de constitucionalidade

Rafael Campos Soares da Fonseca\*

## Resumo

Este artigo trata da atuação do juiz singular no controle de constitucionalidade, com referência ao ordenamento jurídico brasileiro globalmente considerado. Com esse norte, a investigação toma como premissa o fato de que o juiz é um intérprete/aplicador do Direito em uma comunidade aberta de intérpretes constitucionais, logo trabalha em dois níveis da ordem jurídica: o legal e o constitucional. Por último, aponta como causa da baixa constitucionalização das sentenças de primeira instância a falta de uma cultura de constitucionalidade minimamente consolidada.

Palavras-chave: Juiz singular. Controle difuso de constitucionalidade. Cultura de constitucionalidade. Comunidade aberta de intérpretes constitucionais.

## 1 Introdução

Esta investigação versa sobre as funções constitucionais dos juízes singulares derivadas da Constituição. Demais, o enfoque será dado no controle difuso e concreto de constitucionalidade que a Carta Maior impõe como dever ao magistrado brasileiro. Alia-se a isso, a construção de Peter Häberle a respeito da pluralidade subjetiva que deve nortear a hermenêutica constitucional.

Aqui, a argumentação se dará sob a premissa de que o juiz é, antes de tudo, um intérprete/aplicador do Direito, nesse sentido será abordada sua posição em dois níveis jurídicos, quais sejam, o legal e o constitucional.

Logo, o problema deste artigo é: *há um nível adequado de constitucionalização das sentenças da judicatura brasileira?* Tal indagação importa na medida em que a legitimidade do juiz decorre diretamente da fundamentação argumentativa de suas decisões, assim como pelo fato de um juiz, à luz do Estado Constitucional, ser antes de tudo um guardião da Constituição.

A hipótese (resposta parcial) ao problema é de que por falta de uma cultura de constitucionalidade essencialmente desenvolvida, fica faltante da realidade político-institucional brasileira a criatividade

e concretude das análises dos chamados *juízes de piso*, o que em muito prejudica o desenvolvimento da democracia constitucional em um país de dimensões continentais como é o brasileiro.

Do exposto, tem-se o traçado básico deste artigo, que se dividirá em duas seções com o intuito de lançar luzes e desconstruir premissas para depois se pensar em uma reconstrução racional.

## 2 O juiz da legalidade

Por sua vez, esta seção pode ser vista em três partes: a crise da legalidade, a reconstrução da legalidade e a legalidade constitucional. Exatamente nessa ordem, a exposição se desdobrá.

A *Autoridade da Lei* é corroída por dentro com a emergência do Estado Constitucional. Visto os conflitos múltiplos e complexos insurgentes no seio da sociedade, bem como transformações sociais ao passo do desenvolvimento tecnológico, a perfectibilidade da lei e a capacidade reguladora do legislador são postas à prova. *In casu*, perdem. Deixando, assim, a lei de ser o critério exclusivo de identificação do Direito.

A reação do Legislativo é o fenômeno da *inflação legislativa*<sup>1</sup>, a qual pode ser concebida na ordem quantitativa, em que há uma explosão normativa, formando um emaranhado de normas de difícil compatibilização pelo intérprete do Direito; por outro lado, na ordem qualitativa, percebe-se a produção de diplomas com a textura cada vez mais aberta. Em suma, busca-se balizar minimamente uma conduta social, porém normatizá-la de forma maleável para que se adapte às mudanças sociais. O resultado é a transferência de responsabilidades e liberdade hermenêutica para o aplicador do Direito: seja o jurista, seja o administrador.

Na realidade brasileira, tal situação se agrava pela hipertrofia do Executivo, que exerce indiscriminadamente atividades legislativas. É dizer: com a utilização sistemática da medida provisória e da apresentação de projetos de lei com pedido de urgência — ambos com prazo terminativo, sob pena de trancamento de pauta — o Executivo termina por impor a agenda do Legislativo e inviabilizar que este

\* Graduado em Direito pela Universidade de Brasília.

<sup>1</sup> ROESLER, 2006, p. 6.

exerça sua função típica. Escorreita é a argumentação de Leomar Amorim:

A experiência brasileira demonstra que o Presidente da República tem feito uso abusivo das medidas provisórias para disciplinar matérias que não reclamam intervenção legislativa urgente, banalizando sua utilização e exercendo verdadeira competência legislativa ordinária paralela ao Congresso Nacional (SOUZA, 1999, p.155).

Diante disso, insustentável fica a posição do positivista-legalista, sendo a legalidade estrita um de seus conceitos fundamentais. Entretanto, em um Estado que se pretenda de Direito, não se pode abrir mão da juridicidade que vincula o Poder Público e a sociedade. É da lavra de Lourival Vilanova a norma de pensamento e de ação de todo jurista:

[...] buscar o Estado de Direito não somente agora, mas sempre, perseguindo-o como fim [...] evitando que ele se esvazie de conteúdo político e social, dissolvendo-se no oco formalismo de um mero Estado jurídico.<sup>2</sup>

Nesse panorama, é nítida a imprescindibilidade de se compreender o que é lei no Estado Contemporâneo, pois somente com um conceito semanticamente bem delimitado que se pode operacionalizá-lo para o desenvolvimento do Direito, mormente em uma ordem jurídica de tradição romano-germânica como o é a brasileira. Diz-se mais: tal construto conceitual deve derivar da realidade própria do Brasil. Logo, reformula-se: é imprescindível compreender o que é lei na República Federativa do Brasil pós-88.

No quadro da evolução do pensamento jurídico atual, não é possível aceitar um conceito universal de lei. É necessário ter em vista o conceito de lei aplicável a esta ou àquela ordem jurídica. Cumpre, por isso mesmo, empreender esforços para a compreensão do sentido da lei no universo constitucional brasileiro definido a partir da Constituição Federal de 1988 (CLÈVE, 2011, p. 147, grifo no original).

Clèmerson Clève é pontual em dizer que a palavra lei é empregada na Constituição em diferentes contextos, como, por exemplo, no sentido de ordem jurídica, de ato legislativo votado no Parlamento (lei ordinária), de qualquer norma jurídica (até, se for o caso, de emenda constitucional), de qualquer ato legislativo:

De qualquer maneira, para o Direito Constitucional brasileiro a lei configura sempre um mecanismo de criação do direito decorrente da atividade do Estado.<sup>3</sup>

Clève persiste no empreendimento ao encontrar três tipos de lei na CF/1988. As leis de arbitragem, que são instrumentos de conservação retirados da experiência revolucionária burguesa em que se intenciona cristalizar no Direito Posto situações jurídicas já determinadas. Entretanto, do Estado Social, surge a necessidade de regras não somente de arbitragem, mas também de impulsão voltadas para a reforma do *status quo*, as leis-objetivos (leis-medidas para Carl Schmitt). Por último, com o Estado Constitucional e na esteira do pensamento de Rudolf Smend, têm-se as leis-integração, dado a função de integração da comunidade política que as Constituições pós-guerra assumem. A ver, “Instrumento de conservação ou de reforma, a lei é também um instrumento de integração da sociedade.”<sup>4</sup>

Relativamente ao contexto constitucional que o Brasil hoje se coloca, também é de Clève a seguinte conclusão:

Na constituição Federal de 1988, a lei não é necessariamente um instrumento de conservação ou de reforma porque pode assumir ambos os papéis dependendo da correlação das forças imperante no momento. No entanto, a lei será sempre um instrumento de integração que condensa as relações de força presente no seio político, para utilizar a linguagem de Nicos Poulantzas (CLÈVE, 2011, p. 154 e 155, grifo no original).

Em suma, tal quadro não nos leva a uma rejeição à lei em sentido *lato*, mas sim à valorização de seus elementos teleológicos, quer dizer:

[...] todas as suas regras devem ser interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado [...] se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização de seus objetivos.<sup>5</sup>

Logo, é necessária a tarefa de reconstrução desse conceito operativo do Direito pelo juiz em sua atividade diária. Na esteira do pensamento de Günther Teubner, em um contexto de fragmentação do Direito, o uso criativo de paradoxos é a mensagem que permite

<sup>2</sup> VILANOVA, 2011, p. 578.

<sup>3</sup> CLÈVE, 2011, p. 147 e 148, grifo no original.

<sup>4</sup> Ibid., p. 154, grifo no original.

<sup>5</sup> ARAGÃO, 2005, p. 29.

levar a *autopoiesis* para além da análise desconstrutiva em direção a uma prática reconstrutiva, de modo a permitir a superação de paradoxos e antinomias presentes na práxis jurídica.<sup>6</sup>

Dada a importância da fundamentação das decisões jurídicas, deve-se abandonar a subsunção feita de forma automática, quer dizer, deve-se incorporar ao imaginário do jurista brasileiro o gritante equívoco do brocardo *in claris cessat interpretatio*. No atual contexto da hermenêutica jurídica, está mais do que certa a noção de que aplicar pressupõe interpretar, justamente porque texto, fato e norma não se confundem, inclusive estão em planos distintos da linguagem, porém são igualmente relevantes para a tarefa do jurista. Como aponta MacCormick, classificar também é decidir, pois

[...] não é que decisões atributivas<sup>7</sup> ou determinações impeçam ou excluam a lógica dedutiva, mas, ao revés, que elas são um elemento precursor necessário a qualquer raciocínio dedutivo que seja conduzido com referência ao mundo real.<sup>8</sup>

Em síntese, o que se quer dizer com isso? A Lei é o ponto de partida e o limite de todo intérprete comprometido com o Estado de Direito, principalmente quando se trata de um juiz. Além disso, muitas vezes para satisfazer a garantia da fundamentação de sua decisão, o magistrado deverá não só justificar o ponto de chegada, mas também seu topos (ponto de partida).

Em complemento, não se quer afirmar dois pontos contrários à visão de argumentação jurídica adotada por esta investigação. Primeiro, não se deseja reafirmar o legalismo, principalmente em um contexto de fragmentação das ordens jurídicas (Global Bukowina na metáfora de Teubner). Na verdade, quer-se dizer que a lei é uma fonte do direito. Tal banal afirmação se faz necessária diante de certo uso abusivo da principiologia (panprincipiologismo na linha de Streck) no contexto brasileiro, o que leva a um decisionismo que não só é autoritário, mas teoricamente inconsistente.

Segundo e por outro lado, não se quer negar a possível superabilidade das regras, o que geraria uma decisão *contra legem*. Segundo Thomas Bustamante, trata-se dos casos mais difíceis da argumentação jurídica em que o próprio ordenamento é desafiado,

exigindo-se pesada carga argumentativa em contrário,<sup>9</sup> porquanto caso siga-se a solução prescrita se gerará uma situação extremamente injusta (fórmula de Radbruch). Fala-se dos casos trágicos (Manuel Atienza) e estes são a excepcionalidade. Para MacCormick, a argumentação está sujeita a exceções (Arguing Defeasibly).<sup>10</sup>

Nesses termos, não se furta ao juiz a possibilidade de se deparar com tais casos e empregar o expediente argumentativo que achar necessário para justificar sua decisão. Justamente, avistam-se as áridas questões de direito enfrentadas pela magistratura já em primeira instância. Contudo, cabe alertar que o comum é a regra como razão definitiva para juízos concretos de dever-ser,

[...] aqui interessa que é somente que a aceitação de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras.<sup>11</sup>

Nessa tarefa de reconstrução, a perspectiva do legislador<sup>12</sup> também deve contar, nos termos da Teoria Institucional, de Neil MacCormick. A ver, “Os concidadãos de um parlamentar estão convencidos de que as decisões legislativas fazem uma diferença nas suas vidas e destinos”<sup>13</sup> e assim é bom que o seja, se considerarmos o Direito como uma ordem normativa institucional. Logo, há um processo de complementação, pois ao terminar o trabalho dentro do Legislativo, ao longo do curso da execução da lei, problemas aparecerão, seja sobre o escopo do texto ou sua justa aplicação a um caso concreto. Nesse ponto, o processo final de concretização terá de se dar por meio de uma decisão judicial.<sup>14</sup>

Por último, cabe falar da “legalidade constitucional” e de que forma esse conceito influenciaria a prática do magistrado. A legalidade torna-se constitucional concomitantemente com a introdução de uma dimensão substancial na validade das normas, o que é próprio do Estado Constitucional.

<sup>6</sup> TEUBNER, 1991-1992, p. 1.444.

<sup>7</sup> “uma decisão a respeito de ser possível e razoável relacionar o que aconteceu de fato ao predicado que estabelece o fato operativo em uma dada formulação de regra.” (MACCORMICK, 2008, p. 93-94)

<sup>8</sup> MACCORMICK, 2008, p. 94.

<sup>9</sup> BUSTAMANTE, 2010, p. 612.

<sup>10</sup> MACCORMICK, op. cit., p. 307-329.

<sup>11</sup> ALEXY, 2008, p. 106.

<sup>12</sup> Tal preocupação também se repete em Alexy, como se verá a seguir.

<sup>13</sup> Ibid., p. 9 e 10.

<sup>14</sup> Ibid., p. 13.

“É dizer, o universo da lei é tributário de uma idéia de justiça deduzida do texto constitucional”.<sup>15</sup>

Sendo assim, a Constituição não deve ser considerada como apenas mais uma lei ou um pacto político da comunidade. Trata-se de verdadeira Lei Básica (*Paramount Law*), ou seja, toda e qualquer lei integrante da ordem jurídica deve ser compatível formal e materialmente com a Carta Maior. A implicação direta disso é que a Constituição funciona como um filtro material da Legislação.

É justamente no espaço de regulação da sociedade que reside a singularidade das Constituições contemporâneas, em cujo campo se insere a brasileira. Ora, este espaço adota um conjunto de princípios (plasmadores de valores fundamentais) que consubstanciam os *Standards* de justiça defendidos no contexto da sociedade brasileira deste final de século. Temos, portanto, uma Constituição Material residente no território discursivo da Constituição Formal (CLÈVE, 2011, p. 152)

Noutras palavras, a Lei deve ser interpretada à luz da Constituição. Para isso, Luís Roberto Barroso apresenta três princípios instrumentais (metanormas) com a função de auxiliar na interpretação e aplicação das leis, quais sejam, (i) a supremacia constitucional; (ii) a presunção de constitucionalidade das leis; (iii) interpretação conforme a Constituição.<sup>16</sup>

Para uma crítica há uma visão larga dessa visão, há Humberto Ávila para o qual caso se adote a máxima neoconstitucionalista de que toda interpretação é constitucional, o intérprete deveria saltar do plano legal para o constitucional em toda questão jurídica minimamente relevante, o que por sua vez ensinaria a ponderação, adotada como critério geral de aplicação do Direito. Tal situação geraria danos, porque ocasionaria o antiescalonamento da ordem jurídica e o aniquilamento das regras e princípios democráticos referentes à função legislativa. Quanto ao primeiro, trata-se de uma constitucionalização total do ordenamento em que todos os vários níveis de concretização normativa se achatariam um só nível, o constitucional. Já o segundo ponto advém da perda do âmbito normativo do Legislativo em prol do Judiciário. Assim sendo, há dois paradoxos envolvidos. A um, a interpretação centrada nos princípios constitucionais viola três princípios basilares: democrático, legalidade e separação de poderes. A dois, a insignificância

da supremacia constitucional, pois privilegiá-la em excesso causa sua própria eliminação, quer dizer, os outros níveis hierárquicos são tão insignificantes ou mesmo inexistentes que a Constituição é referência superior a nada.<sup>17</sup>

Dado não ser objeto desta investigação, só compete dizer que Ávila parte de uma visão equivocada de uma ponderação desenvolvida sob a égide de uma Constituição-fundamento. Além disso, a distinção ponderação-subsunção em nada implica aumento de subjetivismo. Como aponta Marcelo Neves:

Em nenhum dos casos trata-se de uma discussão sobre subjetivismo, mas sim das condições de possibilidade da crítica de decisões,<sup>18</sup> [porquanto] o que se passa na mente dos juízes antes da argumentação e da interpretação (como produção de texto) é incontrolável tanto na subsunção quanto na ponderação. O que é controlável social e juridicamente é o comunicado.<sup>19</sup>

Já em relação à inviabilização da função legislativa pela prática reiterada da ponderação, também é simplista, o que determina a estabilização das expectativas normativas na sociedade moderna é a relação reflexiva circular na dinâmica jurídica (legislador e juiz) e na estática jurídica (princípios e regras).<sup>20</sup>

### 3 O juiz da constitucionalidade

Ainda no berço do controle de constitucionalidade, em 1803, o Chief Justice John Marshall estatuiu em sede do célebre *Marbury v. Madison*:

A Constituição delega todo o poder judiciário dos Estados Unidos a um Supremo Tribunal e tantos tribunais (sic) inferiores [...]. O poder judiciário dos Estados Unidos estende-se a todas as causas oriundas da Constituição.<sup>21</sup>

Nesse sentido, na visão de Marshall, cabe ao Judiciário dizer o que é lei e em face de um conflito entre os planos constitucional e legal, deve prevalecer o primeiro.

Controle de constitucionalidade é a avaliação de compatibilidade entre a Constituição (parâmetro) e um ato normativo primário (objeto). Em caso de juízo

<sup>15</sup> CLÈVE, op. cit., p. 152.

<sup>16</sup> BARROSO, 2009, p. 165-202.

<sup>17</sup> Cf. ÁVILA, 2009.

<sup>18</sup> NEVES, 2013, p. 180.

<sup>19</sup> Ibid., p. 179.

<sup>20</sup> Ibid., p. 181.

<sup>21</sup> MARSHALL, 1903, p. 22 e 27.

negativo, o efeito lógico é a sanção de invalidação do objeto. De sua teoria geral, extraem-se duas distinções relevantes: (i) abstrato e concreto e (ii) concentrado e difuso.

Ao juiz singular, cabe o exame da constitucionalidade das leis em concreto e difusamente. É dizer: é concreto, porquanto o pedido principal da demanda não é a inconstitucionalidade de um ato normativo primário, porém a questão da incompatibilidade surge *incidenter tantum*<sup>22</sup> em caráter de prejudicialidade; é difuso, porque cabe a todo e qualquer agente público investido de jurisdição fazê-lo, ao contrário do modelo concentrado em que somente um órgão, a Corte Constitucional, teria competência para tanto.

No panorama brasileiro, Marinoni entende que qualquer juiz, no sistema brasileiro, tem a obrigação de controlar a constitucionalidade da lei: (i) declarando a sua inconstitucionalidade, inclusive estabelecendo a omissão do Legislador; (ii) interpretação conforme a Constituição; e (iii) a declaração parcial de nulidade sem redução de texto. A diferença entre as últimas é

Na interpretação conforme, afirma-se qual das possíveis interpretações do texto da lei se revela compatível com a Constituição. Na declaração parcial de nulidade, declara-se a inconstitucionalidade de algumas interpretações da lei, deixando-se outras a salvo.<sup>23</sup>

Ainda em 1993, Gilmar Mendes afirmava o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, sendo que

[...] a falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade pode ser fatal para os direitos e garantias fundamentais, que ficariam, de fato, à mercê da vontade do legislador.<sup>24</sup>

Portanto, é desafio à criatividade do jurista hodierno “desenvolver técnicas de decisão adequadas a promover a concretização da vontade constitucional.”<sup>25</sup> Enfim, essa problemática também diz respeito ao magistrado, que pode e deve incorporar as diferentes

técnicas de controle de constitucionalidade em seu trabalho diário.

De lá para cá, o que mudou foi a assunção de um papel muito mais ativo do STF e a criação de diversos instrumentos de controle concentrado. Entretanto, a realidade notória é a baixa constitucionalização das sentenças dos juízes singulares. As razões são inúmeras e vão desde uma racionalidade estratégica (não reformabilidade de suas decisões) até o ensino jurídico (ainda marcadamente civilista, manualesco e pouco afeito ao debate constitucional crítico com seriedade). Claro, há uma grande parcela de culpa oriunda do modelo de seleção de magistrados.

O pano de fundo é a tensão constitutiva na jurisdição entre a justiça e a segurança jurídica. Ilustra-se com um exemplo: a criação da ação direta de constitucionalidade (ADC) pela EC 3/1993. Como nos explica Hugo de Brito Machado, partiu-se do pressuposto que

[...] o controle difuso da constitucionalidade tem gerado inúmeras lesões ao princípio da isonomia, na medida em que enseja tratamento desigual de situações iguais.<sup>26</sup>

Fala-se aqui de decisões que o juiz singular decidia de uma maneira, passando em julgado, e o STF julgava na direção oposta. A premissa de fundo é que este tem a prerrogativa de dizer a última palavra.

Em todas essas situações, como em inúmeras de idêntica natureza, impõe-se a uniformização do entendimento judicial, sem o que o descrédito do Judiciário é inevitável.<sup>27</sup>

A outra premissa é a desobstrução do Judiciário com questões de direito de natureza *idêntica*, principalmente de natureza tributária e sobre os planos econômicos. Por conseguinte, uma decisão do órgão de cúpula do Judiciário levaria à reprodução automática das razões de decidir em milhares de causas parecidas.

Nesses termos, a introdução dessa ação na Constituição surgiu do interesse do presidente da República em ver a viabilização de seus programas de governo, sem a dúvida de que seus atos seriam posteriormente invalidados por vícios de inconstitucionalidade. Isso, claro, depois de tentar, em 1991, ressuscitar a advocatória, encanada na Constituição de 1969 pela já citada EC 7/1977 e o Pacote de Abril, modificando apenas a legitimidade do

<sup>22</sup> Esse julgamento incidental, declarando ou não a Constitucionalidade da lei, projeta-se apenas sobre as partes, isto é, tem aplicação somente ao caso concreto. Portanto, o eventual julgamento incidental de inconstitucionalidade não gera a anulação da lei. A lei não é eliminada do sistema e assim, não se torna sem efeito para os demais cidadãos, podendo ser aplicada em outros casos concretos (MARINONI, 2008, p. 57).

<sup>23</sup> MARINONI, op. cit., p. 61.

<sup>24</sup> MENDES, 2011, p. 169.

<sup>25</sup> Ibid., p. 170.

<sup>26</sup> MACHADO, 2011, p. 1.057.

<sup>27</sup> Ibid., p. 1.058.



procurador-geral da República para o advogado-geral da União.

De certa forma, “vê-se” a impertinência política e econômica de um corpo judicial, com tal diversidade ideológica e teórica que ponha em risco a própria produção da estabilização de expectativas. Sobre justiça e segurança, convém sempre perguntar: para quê? Para quem? De volta, então, a pergunta básica desta investigação: qual perfil de juiz federal o Brasil quer? Daí se retira o sistema de seleção adequado.

Tal resposta também irá reverberar na posição que se toma em relação ao fenômeno da “objetivização” do controle difuso, o qual significa uma ressignificação do recurso extraordinário no qual ele

[...] deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva, [...].<sup>28</sup>

Trata-se de um projeto mais amplo o qual se marca por uma série de mecanismos de vinculação dos juízes ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, inseridos por via legislativa, constituinte ou jurisprudencial, já em definitivo ou ainda em aberto, como, por exemplo: a própria ADC, a súmula vinculante, a repercussão geral e o sobrestamento de processos, a tese da mutação constitucional do papel do Senado Federal no controle difuso, a rejeição liminar em face de jurisprudência pacífica ou entendimento sumulado, a teoria dos motivos determinantes, entre outros.

Então, chega-se ao limite de se afirmar o turvamento da fronteira entre controle abstrato e concentrado, dado o nível de convergência. De outra forma, como reflexo do ativismo judicial da Corte: a subjugação do controle difuso e concreto em relação ao controle concentrado e abstrato. O resultado final é invariante: a concentração de jurisdição (poder) no Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto remanescente sobre o controle de constitucionalidade feito pelo juiz singular é o papel da Constituição perante a ordem jurídica, que vai refletir na maneira por meio da qual o magistrado poderá operar a relação paradoxal entre regras e princípios.

Conforme preleciona Robert Alexy, trata-se de um problema de repartição de competências a alternativa entre Estado judiciário e Estado legislativo. Essa dicotomia é fundamental em tal magnitude que

se refere à própria concepção de Constituição como um complexo normativo. Explica:

Trata-se da contraposição entre ordem-moldura e ordem-fundamento. A alternativa entre moldura e fundamento tem um papel central na polêmica em torno da teoria dos princípios.<sup>29</sup>

Para o jurista alemão, o conceito de ordem-moldura pode ser pensado a partir da relação Constituição e Legislação. Ademais, o critério defendido por ele pode ser assim sumariado:

A metáfora da moldura pode ser, então, definida da seguinte forma: o que é obrigatório ou proibido é a moldura; o que é facultado — ou seja, nem obrigatório, nem proibido — é aquilo que se encontra no interior da moldura. Nesse sentido, a discricionariedade do legislador é definido por aquilo que é facultado. Essa discricionariedade é de natureza estrutural [...] Portanto, a discricionariedade estrutural decorre dos limites daquilo que a constituição definitivamente obriga ou proíbe (ALEXY, 2008, p. 582 e 583).

Por outro lado, o conceito de ordem-fundamento pode ser concebido de forma quantitativa ou de forma qualitativa. Em sentido quantitativo, trata-se de um verdadeiro contraposto ao conceito de ordem-moldura, pois “Em sentido quantitativo, uma constituição é uma ordem-fundamento se ela nada faculta, ou seja, se para tudo ela tem ou um dever, ou uma proibição.”<sup>30</sup> Nessa senda, a discricionariedade do legislador para fazer escolhas políticas em relação ao povo é zero, porquanto a ele basta concretizar em nível legal o que já está prescrito na lei básica.

Noutro giro,

Uma constituição é uma ordem-fundamento em sentido qualitativo ou substancial se por meio dela são decididas questões que sejam fundamentais para a comunidade.<sup>31</sup>

Aqui, há uma compatibilidade entre os dois conceitos dicotômicos. De fato, uma Constituição, como é o caso da brasileira, pode decidir muitas questões fundamentais, mas deixar outras em aberto para o legislador decidir. Trata-se da própria natureza compromissória de uma Carta Maior democrática, resultante da composição de diversas forças sociais, *per se*, contraditórias, em uma única vontade constitucional. Esse é o grande

<sup>28</sup> STF, RE 376.852, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24/10/2003, p. 65.

<sup>29</sup> ALEXY, 2008, p. 578.

<sup>30</sup> Ibid., p. 583.

<sup>31</sup> Ibid., p. 584.

desafio de uma Constituição com pretensão de eternidade.

Portanto, conclui Alexy:

De acordo com a teoria dos princípios, uma boa constituição deve conciliar as duas coisas. Ela tem que ser tanto uma ordem-fundamento quanto uma ordem-moldura.<sup>32</sup>

Por qual motivo essa discussão importaria para uma discussão sobre seleção de juízes? Em suma, estes devem identificar seus lugares, como guardiões da Constituição, em relação aos legisladores. Na dogmática constitucional brasileira e no corpo judicial, encontram-se os dois extremos da discussão: desde aqueles que se abstêm de intervir mesmo diante das mais flagrantes violações aos direitos fundamentais, com fulcro na inatividade do legislador (normas “programáticas” ou de eficácia “limitada”), até outros que não admitem espaço para a discricionariedade do legislador, sob a crença de que o constituinte tudo decidiu, só faltando concretizar o já posto (parcela do neoconstitucionalismo).

Uma terceira via é necessária que saiba que o legislador também realiza ponderação, isto é, também se pergunta se os meios são adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, com a diferença de se indagar em abstrato. E mais: a ponderação do Estado-Legislator deve possuir preferência *prima facie* a do Estado-Juiz, pois aquele é o povo-soberano representado para se autogovernar. Sendo assim, a ambos se impõe a lei epistêmica do sopesamento, isto é, “Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.”<sup>33</sup>

Em oposição à doutrina e jurisprudência majoritária pátria, Marcelo Neves aponta: “a ponderação é apenas uma entre as técnicas que possibilitam a aplicação consistente de princípios constitucionais,”<sup>34</sup> o que pode inclusive subestimar a complexidade de casos constitucionais nos quais os princípios tomam primeiro plano na argumentação.

Ademais, aponta a problemática que se insere a ponderação, que não deseje recair sobre um juiz monológico, dado o problema da “incomensurabilidade”. Como apontado logo acima no que toca os problemas da “objetivização” do controle

difuso, a dupla contingência comunicativa importa em um dissenso estrutural que possibilita várias leituras dos princípios. Assim,

[...] refere-se à capacidade seletiva de absorção de dissenso e a reorientação das expectativas em face das decisões, deixando-se, porém, aberto o espaço para críticas e a possibilidade de futuras transformações de perspectiva da instância decisória.<sup>35</sup>

Para Neves, a relação entre juiz e legislador se dá em um plano de circularidade nos termos de dinâmica jurídica, isto é, uma relação de aprendizado entre *ego* (juiz) e *alter* (legislador), havendo aí uma paridade: aquele utilizaria a linguagem do Direito (lícito/ilícito) e este, a linguagem da política (poder/não poder).

A ‘paridade’ poderia ser entendida como horizontalidade de democracia e Estado de Direito, implicando a Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito.<sup>36</sup>

Enfim, é interessante sua metáfora do “juiz lolau” (Marcelo Neves), o qual no caso concreto teria a exigência de desaparadoxização da relação entre regras e princípios mediante critérios e programas jurídicos, a fim de tomar uma decisão juridicamente consistente e socialmente adequada.

A relação paradoxal entre princípios e regras está associada intimamente ao paradoxo da justiça como uma “fórmula de contingência” que motiva a ação e a comunicação no âmbito jurídico. A justiça, nessa perspectiva, tem duas dimensões: a justiça interna, concernente à tomada de decisão *juridicamente consistente* (autorreferência); a justiça externa, referente à tomada de decisão *adequadamente complexa à sociedade* (heterorreferência) (NEVES, 2013, p. 223 e 224).

O juiz federal, bem como qualquer julgador, se põe diante de uma difícil questão, ou melhor, uma experiência com o improvável:

A racionalidade do direito exige, portanto, consistência constitucional. Por outro lado, a justiça como racionalidade jurídica importa a adequação social do direito.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>33</sup> Ibid., p. 617.

<sup>34</sup> NEVES, op. cit., p. 141

<sup>35</sup> Ibid., p. 142.

<sup>36</sup> Ibid., p. 154.

<sup>37</sup> Ibid., p. 224.

## 4 Cultura de constitucionalidade

Luigi Ferrajoli reconhece uma mudança cultural<sup>38</sup> na transição de Estado Legal para Estado Constitucional, isto é, se passa a ver a Constituição como limite e vínculo contra os poderes da maioria, o que em última medida justifica o próprio controle de constitucionalidade.<sup>39</sup>

Daí, cabem duas colocações. A uma, essa limitação advinda da Constituição pode ser encarada como um pré-comprometimento do Poder Constituinte,<sup>40</sup> o qual instrumentaliza uma Corte Constitucional, como guardião da Constituição,<sup>41</sup> contra a tentação de uma “ditadura das maiorias”. A duas, essa mudança cultural pode ser entendida como uma “cultura de constitucionalidade”.<sup>42</sup>

Entretanto, o italiano não se furta a criticar a contexto jurídico italiano:

Acrescento que a nossa cultura jurídica é, ainda, de fato, largamente paleopositivista e aconstitucional; e paradigma do Estado Constitucional de Direito deve ainda, em grande parte, ser desenvolvido, tanto no plano teórico como no institucional.

Tal crítica é passível de transferência para a realidade brasileira, visto que como alhures, aqui também vigora uma cultura largamente aconstitucional e paleopositivista, ao menos na prática forense. Também é necessário que o paradigma do Estado Constitucional de Direito seja consolidado e desenvolvido na realidade brasileira.

Em complemento a essa linha de raciocínio, evoca-se a instituição da força normativa da Constituição, de Konrad Hesse, porquanto uma Constituição que se faça valer no Estado Constitucional deve se converter em “força ativa” diuturnamente.

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem

efetivamente realizadas [...] puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*) mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 2009, p. 132).

Outro problema igualmente relevante na emergência do Estado Constitucional de Direito é a reabilitação da argumentação geral como fator central na relação governante-governado, agora não mais monopolizado pela representação popular. Nesses termos, pode-se falar em um constitucionalismo discursivo.

## Considerações finais

Considera-se abordado o problema deste artigo, entendendo-se em sentido positivo a pergunta lançada. Ou seja, de fato, há uma baixa constitucionalização das sentenças prolatadas pelos juízes singulares do Estado-Juiz brasileiro. Assim, ao invés de buscar técnicas hermenêuticas de controle constitucional e respectivas soluções adequadas ao caso concreto, limita-se a reproduzir dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais, pacificados ou não, em uma estrutura de argumento de autoridade.

É da lavra de Peter Häberle o entendimento de que em um Estado que seja constitucional, mas também democrático, à luz de uma sociedade complexa e plural, deve ter incorporada ao controle de constitucionalidade o maior número de interlocutores/intérpretes. A partir dessa abertura procedimental, tem-se a tolerância democrática esperada em um Estado Constitucional, porquanto a jurisdição constitucional reafirma seu caráter democrático, mas não em termos quantitativos, e sim contramajoritário.<sup>43</sup>

Ciente de que se adotou nesta investigação um viés especulativo e de que a problemática apresentada é multifacetada, é da pretensão deste artigo tão somente concluir que o problema apresentado merece reflexões teóricas com referencial na prática apresentada para que, de fato, a gramática da jurisdição constitucional seja apropriada na dialética política da República do Brasil.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 437.

<sup>39</sup> Ibid., p. 432.

<sup>40</sup> ELSTER, 1980, *passim*.

<sup>41</sup> Aqui se furta à discussão entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, bem como se informa que tal faceta do Estado Constitucional é alcinhada de dificuldade contramajoritária do Judiciário, a qual será abordada apenas lateralmente na presente investigação.

<sup>42</sup> Na literatura constitucional, encontram-se diversas expressões com esse mesmo referente ou algo próximo, por todos, cita-se o “sentimento constitucional” (Pablo Verdú).

<sup>43</sup> HÄBERLE, 1997, *passim*.



## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Ensaio de uma Visão Autopoiética do Direito*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral, Rio de Janeiro, v. 59, p. 27-32, 2005.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões *contra legem* a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Lei no Estado Contemporâneo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *Direito constitucional: organização dos poderes da República*. São Paulo: RT, 2011.
- ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas: Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuições para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACHADO, Hugo de Brito. Ação Declaratória de Constitucionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *Direito constitucional: defesa da Constituição*. São Paulo: RT, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.
- MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall: presidente do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América do Norte*. Trad. Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *Direito constitucional: defesa da Constituição*. São Paulo: RT, 2011.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- ROESLER, Claudia Rosane. *O Sistema de Seleção e Formação dos Juízes na Espanha*. 86 f. [Relatório de Pós-doutorado – Departamento de Filosofia do Direito, Universidade de Alicante, Alicante, Espanha, 2006].
- SOUSA, Leomar Barros Amorim de. *A Produção normativa do Poder Executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- TEUBNER, Günther. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. *Cardozo Law Review*, Nova York, vol. 13, p. 1.443-1.462, 1991-1992.
- VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *Direito constitucional: teoria geral do Estado*. São Paulo: RT, 2011.